

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### PMA et filiation

Mathieu, Géraldine

*Published in:*  
Ethica Clinica

*Publication date:*  
2016

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mathieu, G 2016, 'PMA et filiation: lost in legislation', *Ethica Clinica*, Numéro 82, p. 17 - 24.

### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

patients souffrent d'une dysphagie nécessitant l'adaptation, en terme de texture, tant pour l'alimentation que pour l'hydratation. Avons-nous assez d'infirmiers pour assurer une alimentation et une hydratation adéquate à l'ensemble de ces patients ? Se poser la question c'est y répondre. Pouvons-nous considérer qu'un régime alimentaire adapté par une logopède formée aux troubles de la déglutition, au niveau de ces textures, rend la situation « sans risque » et que donc l'infirmier peut déléguer cet acte à un « non-infirmier » ? La prise en charge de la malnutrition à l'hôpital n'est-elle pas à ce prix ? La réponse donnée par la Commission technique de l'art infirmier dans son dossier « questions-réponses 2010-2015 » nous apporte une partie de réponse sans toutefois répondre définitivement à cette question. L'aide-soignant(e), et donc à plus forte raison l'éducateur qui n'a pas de liste d'acte, ne peut donner à manger à ces patients (AR 18/6/90/2 : Aide à l'alimentation et l'hydratation par voie orale à l'exception des cas d'alimentation par sonde et de troubles de la déglutition).

Autre exemple, l'action d'éduquer un patient à l'utilisation de son puff, par un éducateur ou un(e) aide-soignante, relève d'une démarche infirmière stricte puisqu'il s'agit de l'administration d'un traitement (liste d'acte aide-soignant : AR 18/6/90/1.7 : Aide à la prise de médicament par voie orale, selon un système de distribution préparé et personnalisé par un(e) infirmier(ière) ou un pharmacien). Il en va de même pour d'autres « auto-soins ».

À juste titre, la Commission technique de l'art infirmier dans son rapport

2010-2015 détaille plusieurs situations de soins effectuées par une discipline « non habilitée ». La conclusion restant systématiquement la même : sans modification des lois, nous nous trouvons face à l'exercice illégal de l'art infirmier. Il y a là effectivement des pratiques de terrains qui se confrontent aux lois perçues comme non appropriées.

En guise de conclusion, cette problématique des lois non appropriées continue à nous questionner et à nous faire réfléchir quant au nouveau partage des rôles entre soignants.

Les soins de santé se transforment en profondeur et remettent ainsi encore à l'avant-plan la question du « qui fait quoi » dans nos institutions de soins.

Nous pouvons nous poser la question de l'identification des facteurs susceptibles d'induire un partage nouveau des rôles entre professionnels de la santé mais l'intervention du législateur est inévitable, souhaitable et constitue un préalable à cette réflexion.

Comme décrit brièvement ci-dessus, la pratique des soins est actuellement nomenclaturée et découpée en « actes » autonomes, confiés et délégués et est replacée dans un contexte organisationnel complexe. Dans ce contexte, il nous faut poursuivre les interpellations à nos politiques pour qu'ils nous permettent de travailler en toute légalité avec les moyens disponibles tout en respectant la personne soignée, la qualité et la sécurité des soins dispensés avec un maximum d'efficacité.

« L'intervention du législateur est inévitable, souhaitable et constitue un préalable à cette réflexion. »

## ■ PMA et filiation : lost in legislation...

Géraldine Mathieu, Maître de Conférences à l'UNamur. Chargée de projets pour l'ONG Défense des Enfants International ([www.defensedesenfants.be](http://www.defensedesenfants.be)). Membre du centre interdisciplinaire des droits de l'enfant ([www.lecide.be](http://www.lecide.be)). Juriste au sein du Comité d'éthique de la Clinique et Maternité Sainte-Elisabeth à Namur, Belgique

En adoptant la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, le législateur a entendu faire des auteurs du projet parental les parents juridiques de l'enfant. Les articles 27 et 56 de la loi précisent à cet égard qu'à compter de l'implantation des embryons ou de l'insémination des gamètes, les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil, auquel la loi du 6 juillet 2007 ne déroge pas, jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental.

Au-delà de cette apparente simplicité, il reste que ces dispositions sont insuffisantes pour rencontrer, en pratique, les difficultés en cas de conflit surgissant après la naissance d'un enfant issu d'une procréation médicalement hétérologue au sein d'un couple non marié d'une part, les implications de la naissance d'un enfant suite à une insémination ou à un transfert d'embryon post-mortem d'autre part.

## I. Introduction

La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes<sup>1</sup> (ci-après « la loi ») régit l'accès à la procréation médicalement assistée (ci-après PMA) définie comme un « ensemble de modalités et conditions d'application des nouvelles techniques médicales d'assistance à la reproduction dans lesquelles est réalisée soit une insémination artificielle, soit une des techniques de fécondation in vitro, c'est-à-dire des techniques dans lesquelles il est,

à un moment du processus, donné accès à l'ovocyte et/ou à l'embryon »<sup>2</sup>.

De nature ouverte et libérale, la loi du 6 juillet 2007 reconnaît la légitimité du droit à procréer. Elle n'impose en effet aucune condition d'ordre sociologique en termes d'accès aux techniques de procréation médicalement assistée. Le texte définit l'auteur du projet parental comme « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée »<sup>3</sup>. Ainsi, a priori, une demande de procréation médicalement assistée peut être formée tant par une femme seule que par un couple et, lorsque la demande émane d'un couple, aucune exigence n'est posée relativement à sa stabilité<sup>4</sup> ou à son orientation sexuelle<sup>5</sup>. Le droit belge se distingue ainsi du droit français qui adopte, en la matière, une conception médicalisée et exclusivement palliative : l'assistance médicale à la procréation a pour objet, soit de remédier à l'infertilité d'un couple, infertilité dont le caractère pathologique doit être médicalement diagnostiqué, soit d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Elle est par ailleurs réservée aux couples hétérosexuels en âge de procréer. Le droit français pose ainsi clairement sa finalité : il s'agit avant tout de répondre à l'infertilité d'un couple formé d'un homme et d'une femme<sup>6</sup>.

L'absence de restriction légale quant à l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée en Belgique s'accompagne toutefois d'un large pouvoir d'appréciation conféré aux centres de

1. *Monit.*, 17 juillet 2007.

2. Art. 2, a), de la loi.

3. Art. 2, *littera* f, de la loi de la loi. La loi énonce toutefois des conditions d'âge dans le chef de la femme pour l'accès à la procréation médicalement assistée. En ce qui concerne le prélèvement de gamètes et la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes, la limite d'âge est fixée à 45 ans, tandis qu'elle est portée à 47 ans pour l'implantation des embryons ou l'insémination des gamètes (art. 4 de la loi).

4. L'option choisie par le législateur se distingue sur ce point de celle prise en matière d'adoption. L'adoption n'est en effet ouverte aux cohabitants de fait que s'ils vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption (art. 343 du Code civil). En outre, tous les candidats adoptants doivent suivre une préparation et être jugés aptes à adopter, c'est-à-dire « posséder les qualités socio-psychologiques nécessaires » (art. 346-1, al. 2, du Code civil).

5. L'article 6 de la loi se limite à prescrire que le centre de fécondation doit vérifier « pour les cas où cela s'indique », que les causes de la stérilité, de l'infertilité ou de l'hypofertilité de la demandeuse ou du couple demandeur ont été déterminées et traitées conformément aux données acquises de la science et aux usages de la profession.

6. Art. L. 2141-2 du Code de la santé publique, modifié par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011.

fécondation<sup>7</sup>. Ceux-ci restent en effet libres d'édicter leurs propres règles de conduite et d'accepter ou de refuser les candidats en fonction de celles-ci. Il leur est ainsi possible d'invoquer une « clause de conscience » pour refuser les demandes qui leur sont adressées<sup>8</sup>. Ce refus doit être adressé par écrit au(x) demandeur(s) dans le mois qui suit la décision et doit indiquer, dans le cas où le ou les demandeurs en ont exprimé le souhait, les coordonnées d'un autre centre de fécondation auquel ils peuvent s'adresser<sup>9</sup>.

La loi laisse ainsi une large marge de manœuvre au médecin ou au centre de fertilité consulté, avec qui il convient de signer une convention<sup>10</sup>. Lorsqu'il s'agit d'un couple, celle-ci sera signée par les deux auteurs du projet parental. Une uniformisation des procédures est prévue. Un choix doit notamment être fait au sujet de la destination des gamètes ou des embryons surnuméraires<sup>11</sup> : ils peuvent être cryoconservés (conservés à très basse température) pendant cinq ans sauf dérogation, en vue de la réalisation du projet parental ou d'un projet parental ultérieur, être intégrés dans un protocole de recherche scientifique conformément à la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, être détruits ou enfin être affectés à un programme de don<sup>12</sup>.

La présente contribution n'a pas pour objet d'analyser en détails la loi du 6 juillet 2007<sup>13</sup> mais de pointer ses lacunes en matière d'établissement de la filiation. Dans un premier point, nous exposons les règles applicables à l'établissement de la filiation en cas de procréation médicalement assistée hétérologue selon que le couple est marié ou non. Dans un second point, nous développons le cas particulier de l'insémination ou de l'implantation *post mortem*.

## II. Filiation et don de gamètes ou d'embryons : un Code civil non adapté

Sous réserve du cas particulier de l'insémination ou de l'implantation *post mortem*, examiné au point suivant, l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* avec transfert embryonnaire mobilisant les gamètes du couple, par nature hétérosexuel, que celui-ci soit marié ou non, ne pose aucun problème juridique spécifique. La filiation juridique coïncidera avec la filiation biologique exactement de la même manière que si l'enfant avait été conçu « naturellement ».

Concernant la procréation médicalement assistée avec dons de sperme, d'ovocytes ou d'embryons, la loi a posé aux articles 27 et 56 le principe suivant lequel « à compter de l'implantation des embryons surnuméraires donnés » (art. 27, al. 1<sup>er</sup>) ou « de l'insémination des gamètes donnés » (art. 56, al. 1<sup>er</sup>), « les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental ayant reçu lesdits embryons surnuméraires ou lesdits gamètes ». Il est également précisé, aux alinéas 2 des articles 27 et 56, qu'aucune action relative à la filiation ou à ses effets patrimoniaux n'est ouverte au(x) donneur(s) et ne peut être intentée à l'encontre du ou des donneur(s) par le(s) receveur(s) et par l'enfant.

L'établissement de la maternité ne posera jamais de difficulté. L'inscription, dans l'acte de naissance, du nom de la femme qui accouche suffit, en droit belge, à établir la maternité, que la mère soit ou non mariée. La contestation de la maternité ainsi établie en raison de l'absence de lien génétique avec la mère (don d'ovocytes ou d'embryons) serait

7. En vertu de l'article 3 de la loi, les activités de fécondation *in vitro* et de cryoconservation d'embryons, de gamètes, de gonades (organes produisant les cellules de la reproduction, les ovaires chez la femme et les testicules chez l'homme) et fragments de gonades ne peuvent être réalisées que dans les centres de fécondation.

8. Ce mécanisme a été mis en place par le législateur pour laisser aux centres de fécondation, localisés dans des hôpitaux de réseau laïc ou du réseau confessionnel, la possibilité d'accepter ou de refuser des patients ou des traitements ne correspondant pas à leur charte éthique et déontologique (N. SCHIFFRINO, « Le système politique belge et la régulation publique de la PMA : clivage, jeu politique et temps », *L'Observatoire de la génétique*, n° 34, septembre-octobre 2007, disponible en ligne : [http://www.omicesethics.org/observatoire/zoom/zoom\\_07/z\\_no34\\_07/z\\_no34\\_07\\_01.html](http://www.omicesethics.org/observatoire/zoom/zoom_07/z_no34_07/z_no34_07_01.html)).

9. Art. 5 de la loi.

10. Art. 7 et 8 de la loi.

11. Un embryon surnuméraire est un « embryon qui a été constitué dans le cadre de la procréation médicalement assistée mais qui n'a pas été implanté chez la femme » (art. 2, d), de la loi). Les gamètes surnuméraires sont ceux « qui ont été prélevés dans le cadre de la procréation médicalement assistée mais qui n'ont pas été immédiatement utilisés pour une procréation médicalement assistée » (art. 2, l), de la loi).

12. Art. 10 et 40 de la loi.

13. Pour une analyse complète de la loi, voy. : M.-N. DERESE et G. SCHAMPS, « L'anonymat et la procréation médicalement assistée en droit belge. Des pratiques à la loi du 6 juillet 2007 », in B. FEUTLET-LICER (dir.), *Procréation médicalement assistée et anonymat. Panorama international*, coll. Droit, Bioéthique et Société, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 125 à 151 ; M.-N. DERESE et G. WILLEMS, « La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes », *Rev. trim. de fam.*, 2008, pp. 350 et s. ; G. GÉNOCOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, pp. 17 et s. ; H. NYS et T. WUYTS, « De wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de vertaalde embryo's en de gameten », *R.W.*, 2007-2008, pp. 771 et s.

par ailleurs inopérante puisque seul le critère de l'accouchement est pertinent.

L'établissement de la paternité du mari de la mère ne posera pas plus de difficultés. L'article 315 du Code civil dispose en effet que « [l']enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, a pour père le mari ». Le mari de la mère sera dès lors automatiquement désigné comme le père en vertu de cet article<sup>14</sup>. L'article 318, § 4, du Code civil, précise par ailleurs que l'action en contestation de la paternité du mari est irrecevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but. Il ne servirait donc à rien de contester la paternité du mari en raison de sa non-paternité biologique dans l'hypothèse d'un don de sperme ou d'embryon<sup>15</sup>.

Pas de problème non plus pour l'établissement de la filiation de la coparente, possible depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2015, de la loi du 5 mai 2014<sup>16</sup>. L'épouse de la mère ayant participé au projet parental sera directement reconnue comme coparente de l'enfant et aucune contestation ne sera recevable dès lors que l'épouse aura consenti, préalablement à la conception, à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but (sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence). La partenaire qui n'est pas mariée avec la mère aura quant à elle la possibilité de reconnaître l'enfant. Si elle refuse de le faire, une action en établissement de la comaternité pourra être intentée par la mère, voire par l'enfant à partir d'un certain âge. Dans pareils cas de figure, l'établissement de la comaternité sera rendu possible dans tous les cas par la signature de la convention qui devient le critère de preuve de la comaternité.

Les choses se corsent toutefois concernant l'établissement de la paternité au

sein d'un couple hétérosexuel non marié. Dans l'hypothèse d'une procréation médicalement accomplie avec don de sperme ou d'embryon au profit d'un couple non marié, la filiation paternelle devra être établie par une reconnaissance ou par une action en recherche de paternité, selon les règles de droit commun de la filiation. Or, les règles du Code civil en matière de filiation ne sont pas adaptées aux techniques de procréation médicalement assistées dès lors que le père d'intention n'a pas fourni ses propres gamètes. En effet, lorsqu'un homme souhaite reconnaître un enfant, le consentement de la mère est nécessaire (et celui de l'enfant s'il est âgé de douze ans ou plus)<sup>17</sup>. En cas de refus de consentement, l'homme dispose d'un recours devant le Tribunal de la famille. Toutefois, s'il apparaît que cet homme n'est pas le père biologique de l'enfant, sa demande doit être rejetée<sup>18</sup>. Par ailleurs, même si la mère consent à la reconnaissance, celle-ci pourrait être contestée ultérieurement notamment par l'enfant, dans la mesure où elle n'est pas conforme à la réalité biologique<sup>19</sup>. A l'inverse, l'homme qui recourt avec sa compagne à l'assistance médicale à la procréation et qui refuse par la suite de reconnaître l'enfant ne pourra s'y voir contraint dès lors qu'il n'a pas fourni ses propres gamètes<sup>20</sup>.

Pour contourner ces difficultés, de nombreuses législations étrangères ont prévu que le consentement à la fécondation *in vitro* formalisé dans la convention équivaut à une reconnaissance dans le chef du compagnon de la mère. C'est d'ailleurs ce critère qui a été retenu pour établir la comaternité. C'est en toute logique dans cette direction que le législateur devrait en urgence se tourner.

### III. Le cas particulier de l'insémination ou de l'implantation post mortem

« C'est l'histoire d'un couple amoureux depuis 17 ans. Ils n'étaient pas bien riches encore mais travaillaient beaucoup tous les deux notamment au Luxembourg où Monsieur venait d'obtenir une promotion. Je les ai rencontrés parce qu'ils devaient passer par la FIV pour avoir un enfant... Il avait des soucis... Ils sont venus me voir, comme cela est prévu par notre centre, pour signer les consentements. Je me souviens de leurs motivations et de son engagement à lui, de sa façon de me regarder dans les yeux quand il parlait et de m'affirmer son avis favorable à l'insémination post-mortem... Je me souviens de leurs regards, de la tendresse et de la chaleur qui régnaient durant tout l'entretien. A la fin de l'entretien, j'ai donné ma carte de visite comme souvent. Quelques mois plus tard, j'ai reçu un appel de quelqu'un qui pleurait et me parlait sans s'arrêter de pleurer... Monsieur avait fait un AVC. Madame, enceinte grâce à la FIV, perdait l'embryon. Elle est venue me voir en urgence ne sachant où aller, amenée à deux reprises par sa mère et sa belle-mère et de suite les trois personnes m'ont parlé des embryons congelés et de perpétuer le défunt, etc. J'ai rencontré très régulièrement la patiente mais entre-temps, la belle-famille prenait des distances de plus en plus importantes avec Madame au point de ne plus lui parler. A présent Madame, enceinte, aimerait que sa fille porte « le nom du Père » mais voilà, les frais de justice coûtent chers, la loi n'a pas prévu que cela se fasse « automatiquement »... Madame me dit que ce sera le projet, le « combat » de sa fille... Entre-temps l'héritage a été bloqué ; il semble que ce soit cela qui ait provoqué le retournement de la famille. Comme la loi le stipule, des consentements ont été signés par les deux membres du couple, notamment concernant le devenir des embryons surnu-

méraires et des pailles de sperme congelé. Le couple avait opté pour l'insémination post-mortem (pour les pailles de sperme) et l'implantation post-mortem pour les embryons congelés. La loi du 6 juillet 2007 autorise l'implantation ou l'insémination post-mortem dans les 6 mois à 2 ans qui suivent le décès. Par contre, en matière de filiation et d'héritage, rien n'a été prévu, ce qui pose problème. »

Préalablement à toute implantation d'embryons, le centre de fécondation *in vitro* consulté et le ou les auteurs du projet parental doivent établir une convention dans laquelle devra notamment être déterminée « l'affectation des embryons surnuméraires en cas de décès d'un des auteurs du projet parental »<sup>22</sup>. La même règle est établie en matière d'insémination de gamètes. Dans ce cas, la convention doit prévoir obligatoirement « l'affectation des gamètes surnuméraires cryoconservés en cas [...] de décès de celui qui a sollicité la cryoconservation »<sup>23</sup>.

Si le couple a prévu dans la convention que les embryons ou les gamètes surnuméraires seraient cryoconservés en vue d'un projet parental ultérieur, la loi prévoit que l'implantation d'embryons de même que l'insémination de gamètes surnuméraires post mortem est possible.

L'insémination post mortem est définie comme la « [t]echnique permettant la fécondation médicalement assistée d'une femme à partir de gamètes cryoconservés que son partenaire a mis à disposition par convention avant de décéder » (art. 2, s), de la loi). L'insémination de sperme post mortem ne concerne évidemment que les couples hétérosexuels. S'il s'agit d'ovules, on peut imaginer, au sein d'un couple hétérosexuel, le recours à une mère porteuse après insémination des ovocytes de la patiente décédée avec le sperme du conjoint. Au sein d'un couple de femmes, la partenaire non décédée pourrait accepter l'insémination des ovocytes avec un sperme de don-

« La loi du 6 juillet 2007 autorise l'implantation ou l'insémination post-mortem dans les 6 mois à 2 ans qui suivent le décès. Par contre, en matière de filiation et d'héritage, rien n'a été prévu, ce qui pose problème. »

22. Art. 13, 2<sup>e</sup>, de la loi.

23. Art. 42, 1<sup>er</sup>, de la loi.

24. Art. 16 et 45 de la loi.

neur avant de se faire implanter l'embryon ainsi conçu.

L'implantation post mortem est quant à elle définie par la loi comme la « [t]echnique permettant la fécondation médicalement assistée d'une femme à partir de l'implantation d'embryons surnuméraires cryoconservés que son partenaire a conventionnellement mis à sa disposition par convention avant de décéder » (art. 2, r), de la loi). L'implantation post mortem ne concerne donc que les embryons créés alors que les deux auteurs du projet parental étaient encore en vie.

Il ne pourra toutefois être procédé à l'implantation ou l'insémination post mortem qu'au terme d'un délai de six mois prenant cours au décès de l'auteur du projet parental et, au plus tard, dans les deux ans qui suivent ce décès<sup>24</sup>.

Au-delà de ces règles claires, le législateur n'a pas réglé plus avant les conséquences en matière de filiation, ce qui n'est pas sans poser de réelles difficultés, quel que soit le statut conjugal des auteurs du projet parental.

Dans l'hypothèse du recours à une mère porteuse pour porter l'embryon conçu à partir du sperme de l'homme encore en vie et des ovocytes cryoconservés de la femme décédée ou pour porter un embryon cryoconservé, la mère légale sera nécessairement la mère porteuse qui accouchera de l'enfant et aucun lien de filiation ne pourrait être établi post mortem à l'égard de la femme « auteur du projet parental ».

Concernant l'établissement de la paternité ou de la comaternité, la possibilité d'établir un lien de filiation post mortem existe en théorie, mais n'est pas sans poser de réelles difficultés.

En effet, si un embryon obtenu à partir de l'ovule d'une femme mariée, fécondé avec le sperme de son mari, est réimplanté chez la femme plus de six mois après le décès du mari, la présomption

de paternité du mari ne pourra pas jouer dès lors que l'enfant naîtra nécessairement plus de 300 jours après la dissolution du mariage par le décès. De lege lata, seule une action en recherche de paternité permettra l'établissement de la filiation paternelle. L'action en recherche de paternité post mortem est également le seul mode d'établissement de la paternité envisageable si les auteurs du projet parental n'étaient pas mariés. Certes, dans les deux cas, l'action aboutira dès lors que l'homme décédé a fourni ses propres gamètes, mais au prix de complications pratiques et psychologiques importantes qui auraient dû être anticipées par le législateur.

La loi du 5 mai 2014 relative à la coparente n'a pas non plus réglé les problèmes qui pourraient se poser concernant l'établissement post mortem de la filiation de la coparente. De la même manière que la présomption de paternité, la présomption de comaternité sera écartée compte tenu des délais légaux tandis que la mère non mariée devra nécessairement agir en recherche de comaternité après la naissance de l'enfant. Même si, dans ce cas également, l'action aboutira dès lors que la signature de la convention avec le centre de fertilité suffira à prouver la comaternité, les problèmes posés restent identiques : absence de filiation établie à la naissance, blocage de la succession, nécessité de recourir à la justice, etc.

La lecture des travaux préparatoires de la loi de 2007 nous apprend pourtant que le législateur avait parfaitement conscience des difficultés que pourrait entraîner la possibilité de recourir à l'insémination ou à l'implantation post mortem.

Certains sénateurs relevaient à ce propos :

« Diverses objections peuvent en effet être invoquées. Psychologiquement, une telle insémination peut susciter des questions,

à l'égard non seulement de la veuve, mais aussi de l'enfant qui apprend qu'il a été conçu quelques mois seulement après le décès de son père. Certes, les auteurs proposent de ménager un temps d'attente correspondant à la période de deuil, mais cela ne fait que rendre les choses plus complexes encore sur le plan du droit de la famille et du droit successoral, qu'il faut également adapter si l'insémination post mortem est retenue. Qu'en est-il par exemple de la filiation et de l'attribution du nom ? Les autres héritiers doivent-ils attendre, pour hériter, que le nouvel enfant post mortem ait été conçu ? N'y a-t-il pas de conséquences pour l'acte de décès du père qui a fait conserver ses gamètes ? Le lien familial entre l'enfant et l'homme décédé ne doit-il pas être reconnu ? Tout cela risque de provoquer un écheveau juridique inextricable. »<sup>25</sup>

Ce à quoi d'autres sénateurs répondaient :

« [S]i la proposition de loi autorise certes l'insémination post mortem dans certaines circonstances strictement définies, elle ne l'encourage certainement pas. L'article 16 proposé instaure par exemple une période d'attente de six mois afin d'éviter que, pendant la période de deuil, la femme ne se sente obligée de rester fidèle à la mémoire de son conjoint décédé ou de lui rendre encore le service de mettre au monde un enfant à lui. Une fois cette période écoulée, la demande d'insémination post mortem disparaît dans la plupart des cas, ainsi qu'il ressort de l'expérience des centres de fécondation. D'autre part, cette possibilité ne peut pas être totalement exclue, de manière à pouvoir tenir compte de certains cas exceptionnels, par exemple lorsque l'homme et la femme ont convenu, avant le décès, d'avoir quand même cet enfant et qu'après le décès, la veuve persiste dans son souhait d'être inséminée au-delà même de la période de deuil. [...] [L'intervenant] reconnaît certes que les effets juridiques de l'insémination post mortem doivent

être clarifiés, mais il estime cependant que cela ne doit pas se faire dans la proposition de loi à l'examen et que l'absence éventuelle d'un règlement juridique global ne doit pas faire obstacle à l'adoption de ce texte. »<sup>26</sup>

« Mme De Roeck souligne que si, tout de suite après la mort de leur conjoint, beaucoup de femmes manifestent explicitement un désir d'enfant qui peut être réalisé grâce aux gamètes conservés de cet homme, ce désir disparaît presque entièrement après un certain temps. C'est la raison pour laquelle on a prévu une période d'attente minimum de six mois à l'article 16. L'intervenante est cependant d'accord avec la préopinante sur le fait qu'il faut régler aussi les problèmes juridiques. Cette question ne doit pas pour autant faire obstacle à l'adoption du texte à l'examen et peut faire l'objet d'une autre proposition de loi. »<sup>27</sup>

Et l'expert consulté de renchérir :

« M. Englert estime que l'on est ici en présence d'un choix politique, auquel on peut souscrire ou non. En ce qui concerne les conséquences juridiques, il renvoie à l'article 315 du Code civil, [...]. Il est donc inexact de prétendre qu'il n'y a pas la moindre règle juridique régissant la problématique posée, mais force est de reconnaître qu'une discrimination est créée entre d'une part les enfants qui naissent dans les 300 jours qui suivent la dissolution du mariage par décès d'un des conjoints, et qui bénéficient d'emblée des liens de filiation et des avantages patrimoniaux voulus, en vertu de la disposition en question, et, d'autre part, les enfants qui naissent après la période de 300 jours et auxquels l'article 315 du Code civil ne s'applique pas. Comme l'article 16 proposé prescrit un délai d'attente de six mois, ce dernier cas se produira presque toujours, même en cas de naissance prématurée de l'enfant. »<sup>28</sup>

En conclusion de quoi :

« Les autres héritiers doivent-ils attendre, pour hériter, que le nouvel enfant post mortem ait été conçu ? »

29. Ibid.

30. Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. crim. dr. fam.*, 2010, p. 1095, note J. Sossion.

31. Bruxelles, 29 mai 2012, *T. Fam.*.

25. *Doc. Parl., Sénat*, n° 3-1440/9, 2005-2006, pp. 96 et 97.

26. Ibid., pp. 97 et 98.

27. Ibid., p. 111.

28. Ibid.

« Mme Defraigne ne cache pas que l'article 15 proposé est le fruit d'un compromis entre les partisans de la procréation post mortem et ses opposants, avec la conséquence qu'il autorise certes l'implantation post mortem d'embryons surnuméraires mais sous des conditions très strictes, au nombre desquelles figure le délai d'attente de six mois. Elle reconnaît qu'il s'agit en l'espèce d'une matière très délicate, mais le nombre de cas où cette situation se présentera sera très limité. »<sup>29</sup>

L'ouverture à la procréation post mortem résulte comme on le voit d'un compromis entre partisans et opposants à cette pratique : la porte n'est pas fermée mais son ouverture est conditionnée au respect d'une procédure prétendument dissuasive. Mais dissuader n'équivaut pas à interdire. De deux choses l'une : soit le législateur souhaitait interdire l'insémination ou l'implantation post mortem et lui appartenait d'assumer politiquement sa décision, soit, comme il l'a fait, il décidait de l'autoriser mais il ne pouvait alors compter sur le faible nombre de recours à cette pratique pour éviter d'adapter concomitamment les règles relatives à la filiation, à l'attribution du nom et aux successions.

#### IV. De la nécessité de légiférer – Illustration à l'attention de nos parlementaires

*De la nécessité de légiférer pour éviter au juge de devoir contourner la loi*

En l'attente de l'introduction dans le Code civil d'une disposition précisant que le consentement donné à une procréation médicalement assistée vaut dans tous les cas reconnaissance de filiation, c'est du côté du juge que le citoyen s'est tourné. Lorsque la loi se révèle inadaptee, il n'est en effet pas rare que des juges audacieux s'accrochent à

quelques aménagements dans son application. Deux décisions méritent à cet égard d'être mentionnées.

La première est une décision du Tribunal de première instance de Dinant du 5 mars 2009<sup>30</sup>. Dans cette affaire, un couple non marié avait eu recours à une procréation médicalement assistée avec le sperme d'un donneur. L'homme, atteint d'un cancer, meurt six jours après la naissance de jumeaux sans avoir eu le temps de les reconnaître. La mère introduit une action en recherche de paternité pour que soit établi le lien juridique de filiation paternelle entre les jumeaux et son compagnon défunt. L'action est dirigée, conformément à l'article 332<sup>quater</sup> du Code civil, contre la fille que le défunt avait eue d'une précédente union. Parmi ses moyens de défense, celle-ci invoquait notamment l'article 332<sup>quinquies</sup>, § 3, du Code civil, qui dispose que l'action en recherche de paternité doit être rejetée en toute hypothèse s'il est prouvé que celui dont la filiation est recherchée n'est pas le père biologique de l'enfant, ce qui était par définition le cas en l'espèce. Pour le ministère public, le législateur, en stipulant dans les articles 27 et 56 que « les règles de la filiation telles qu'établies par le Code civil jouent en faveur du ou des auteurs du projet parental », avait comme intention « non de déroger comme tel aux règles de la filiation, mais au contraire d'en élargir le champ d'application et d'en permettre, à partir de [...] l'insémination [...], l'application indifférenciée à tous les auteurs du projet parental, fussent-ils même biologiquement étrangers ». Suivant l'interprétation « téléologique » du ministère public, le tribunal a considéré que « l'existence d'un projet parental avec recours à la procréation médicalement assistée, notamment avec le don de gamètes hétérologues, implique donc le droit pour les auteurs du projet ou l'un d'eux de bénéficier et faire bénéficier les enfants concernés des droits et obligations des règles de la filiation, les

premiers alinéas des articles 27 et 56 de la susdite loi du 6 juillet 2007, à peine de perdre toute portée, impliquant une dérogation certaine à la prohibition portée par l'article 332quinquies, § 3 du Code civil ».

La seconde décision est un arrêt du 29 mai 2012, la Cour d'appel de Bruxelles au terme duquel les juges ont fait droit à une action en autorisation de reconnaissance du père d'intention se heurtant au refus de consentement de la mère. La Cour a considéré que l'article 56, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 6 juillet 2007 devait s'interpréter en ce sens que, en cas de don de sperme, les règles du Code civil qui indiquent la paternité du père biologique doivent être écartées et remplacées par des règles « similaires » au profit du père d'inten-

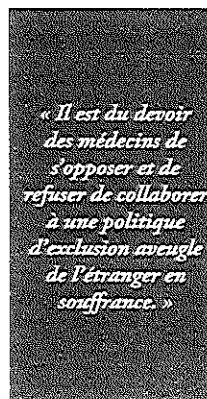
tion. Cela signifierait, selon la cour, que pour l'application de l'article 329bis, § 2, alinéa 3 du Code civil, qui prévoit que le tribunal doit rejeter la demande de l'homme dont il est établi qu'il n'est pas le père biologique de l'enfant, les mots « pas le père biologique de l'enfant » doivent être remplacés par « pas l'homme qui, avec la mère, a consenti à l'acte de procréation médicalement assistée dans la convention avec le centre de fertilité qui a conduit à la grossesse de laquelle l'enfant est issu ».

Si le raisonnement de ces deux juridictions se justifie sans aucun doute d'un point de vue humain, il n'en reste pas moins critiquable d'un strict point de vue juridique. Une intervention du législateur s'impose donc.

31. Bruxelles, 29 mai 2012, T. Fam., 2013, note U. CERULUS, « Het lot van de MBV – overeenkomst na beëindiging van de wettelijke samenwoning van de wensouders voor de bevruchting ».

32. Notamment parce qu'il rejoint sans aucun doute l'intérêt des enfants : N. GALLUS et S. PPEIFF, « Gestation pour autrui et procréation médicalement assistée », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence 2005-2010*, coll. Les Dossiers du Journal des Tribunaux, vol. 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 351.

33. En ce sens : J. SASSON, « Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 ? », note sous Civ. Dinant, 5 mars 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1110.



1. Journal 1887-1910

2. Quatrevingt-Treize est le dernier roman de Victor Hugo paru en 1874. Il a comme toile de fond : la Terreur

3. L'article 9ter

Cet article de la loi de décembre 1980 permet au ministre ou à son délégué d'autoriser le séjour d'un étranger qui souffre d'une maladie grave à séjourner chez nous pour y être soigné, à partir du moment où son renvoi dans son pays d'origine mettrait sa vie en danger, parce qu'il « souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans un pays où il séjourne. »

4. Quelle protection pour les personnes gravement malades en Belgique ?

30/01/2015 – ADDE – exposé de Céline Verbrueck, avocate et présidente de la commission « étrangers » de la Ligue des Droits de l'Homme (LDH)

## ■ Les droits humains fondamentaux ne sont jamais acquis

Jacques Machiels, Docteur en médecine interne, ancien chef de clinique à la Clinique Saint-Pierre d'Ottignies et actuellement Président du Conseil provincial de l'Ordre de Bruxelles et du Brabant wallon, Belgique

« Vous croyez à notre impuissance, et vous ne voulez pas voir notre lassitude, notre effroyable ennui. Oh ! Nous continuerons d'écrire. Il faut toujours écrire, mais notre plume se promènera sur les fleurs comme une abeille écaillée. » Jules Renard, *Journal*.<sup>1</sup>

« Qu'y a-t-il donc au-dessus de la justice ? L'équité » Victor Hugo<sup>2</sup>

### Une histoire déconcertante

Dès avril 2012, des plaintes (14 plaintes d'avril à décembre 2012) concernant la prise en charge médicale de migrants parviennent au conseil provincial de l'ordre des médecins de Bruxelles - Brabant Wallon.

Des médecins (psychiatres, internistes) soignant des malades graves, et produisant des certificats détaillés ne comprennent pas les médecins fonctionnaires de l'Office des étrangers (O.E) « qui écartent systématiquement les demandes circonstanciées de séjours pour raisons médicales sans possibilité de discuter. »

Le cadre légal, et particulièrement l'Art. 9 ter<sup>3</sup>, est questionné – ou son interprétation stricte – quant aux possibilités d'assurer véritablement une responsabilité humanitaire.

En effet, des médecins, qui prennent en charge des migrants gravement malades, se sentent désarmés face à des décisions impliquant un « retour au pays d'origine ». Ces médecins posent des questions morales aux autorités politiques, ordinales, éthiques : comment garantir la qualité des soins et leur continuité ?

Si de nombreux médecins vont interpellier le Conseil de l'ordre des méde-

cins, ils ne sont pas les seuls à subir, à témoigner, à réagir : des patients, des soignants, des juristes, des magistrats, des travailleurs sociaux, des citoyens... mais aussi les associations humanitaires, Médecins du Monde (MdM), La ligue des droits de l'homme (LDH), la Coordination et Initiatives pour Réfugiés et étrangers (CIRE), l'Association pour le Droit des Etrangers ((ADDE), le Service de santé mentale Ulysse, Exil ASBL, les centres de référence SIDA de St Pierre, de Charleroi, Psy pluriel... Tous dénoncent que les migrants « sont mal traités »<sup>4</sup> par l'Office des étrangers (O.E) en Belgique, mais aussi dans d'autres pays européens. Peuvent-ils rester indifférents et abandonner aux intentions politiques de certains fonctionnaires la destinée de demandeurs d'asile, de migrants malades qui se confient à eux ?

Aujourd'hui, j'ai sur mon bureau plus de cinquante dossiers médicaux, qui sont là comme autant de plaintes, concernant des migrants refusés de séjours pour raisons médicales graves. Ils ont été soumis par les médecins traitants à l'appréciation du conseil provincial de l'Ordre des Médecins – Bruxelles-Brabant francophone. Les médecins traitants, en « moral distress », n'arrivent plus à assumer leurs devoirs moraux et déontologiques, car ils sont dans l'impossibilité de prodiguer des soins de qualité, d'assurer la continuité des soins à ces grands malades qui reçoivent l'ordre de quitter le territoire, sauf s'ils sont « in articulo mortis ».

Mourir en Belgique... C'est comme : « Mourir en vacances... C'est la mort douce par excellence... Ce sera la der-